AJDA 2009 p. 2385

M[me] Perreux (I) - Où *Cohn-Bendit* fait sa révolution

Sophie-Justine Liéber, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, responsable du centre de documentation

Damien Botteghi, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, responsable du centre de documentation

La décision d'assemblée du 30 octobre 2009, *M[me] Perreux* (n° 298348, à publier au Lebon et très probablement au *GAJA*) a donné l'occasion au Conseil d'Etat de renverser sa jurisprudence, bien établie depuis la célèbre décision d'assemblée du 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c/ Cohn-Bendit* (n° 11604, Lebon 524 ; AJDA 1979. 27, chron. O. Dutheillet de Lamothe et Y. Robineau), selon laquelle un particulier ne peut utilement invoquer, à l'encontre d'une décision administrative individuelle, une directive non transposée en droit interne et dont le délai de transposition est écoulé.

Les faits étaient les suivants : la requérante, magistrate de l'ordre judiciaire, contestait le troisième refus de l'administration de la nommer sur un poste de chargé de formation à l'Ecole nationale de la magistrature (ENM). Elle invoquait notamment l'erreur de droit commise par le ministre de la justice, à avoir pris en compte, dans l'appréciation des candidats, d'autres éléments que le mérite - notamment, ses fonctions au sein du syndicat de la magistrature. En d'autres termes, la requérante estimait que la mesure était empreinte de discrimination syndicale.

La loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations comporte, à son article 4, des dispositions aménageant la charge de la preuve dans tous les cas où interviennent des faits de discrimination, généralisant un mécanisme qui existait auparavant dans différents domaines. Mais à la date de la décision contestée, cette loi n'était pas entrée en vigueur - alors même qu'était écoulé le délai de transposition de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, qu'elle achevait de transposer. Dès lors que la définition d'un régime de preuve relève d'une règle de fond, et non d'une règle de procédure, ces dispositions législatives ne pouvaient pas être d'applicabilité immédiate.

C'est donc la directive du 27 mai 2000 que la requérante, astucieusement, invoque - et plus particulièrement son article 10 comportant les règles aménagées de charge de la preuve. Ces dispositions de la directive étaient-elles, en l'absence de transposition dans le droit national, susceptibles de produire directement des effets à l'encontre d'une décision individuelle ? La jurisprudence *Cohn-Bendit* avait tranché cette question dans le sens de la négative. Mattias Guyomar, qui concluait sur cette affaire, a retracé, de façon très éclairante, la genèse de ce qui avait été qualifié par Bernard Pacteau de « révolte contentieuse » (S. 1979, p. 162), en rappelant tout d'abord le contexte communautaire de l'époque.

La décision Cohn-Bendit, contexte et portée

La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a tout d'abord posé, par son arrêt du 5 février 1963, *Van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise* (aff. 26/62), le principe d'applicabilité directe du droit communautaire, se fondant sur l'objectif de création d'un marché commun entre Etats membres « dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté », qui implique que le traité instituant la Communauté européenne « constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre Etats contractants ». Cette approche téléologique de la CJCE s'est ensuite reflétée dans sa jurisprudence sur les directives, visant à leur conférer une pleine portée utile. Dans un arrêt

du 17 décembre 1970, *Société SACE c/ Ministère des finances de la République italienne* (aff. 33/70), elle a ainsi reconnu l'applicabilité directe des directives, alors même qu'une lecture littérale de l'article 189 du traité de Rome (devenu ensuite art. 249 du traité instituant la Communauté européenne) ne laissait pas forcément présumer cette interprétation (« La directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens »). Enfin, l'arrêt du 4 décembre 1974, *Van Duyn c/ Home Office* (aff. 41/74), confirme l'applicabilité directe des directives, tout en précisant que cette applicabilité dépend de « la nature, de l'économie et des termes de la disposition en cause ».

La position du Conseil d'Etat se démarque alors nettement, puisque la décision *Cohn-Bendit* refuse explicitement de reconnaître aux directives un effet direct, quel que soit le degré de précision de leurs dispositions. Le considérant de principe indique, en effet, que « quelles que soient d'ailleurs les précisions qu'elles contiennent à l'intention des Etats membres, les directives ne sauraient être invoquées par les ressortissants de ces Etats à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel ». Le commissaire du gouvernement, Bruno Genevois, avait pourtant proposé, dans des conclusions qui font toujours référence aujourd'hui, une solution consistant à confirmer le renvoi préjudiciel proposé par les premiers juges, afin d'enclencher un « dialogue des juges » - une expression qui fera date - avec la CJCE. L'assemblée ne le suivra pas sur ce point, faisant application de la théorie de l'acte clair pour affirmer sa position sans renvoyer au juge communautaire.

La décision est en réalité un peu plus nuancée qu'elle n'y paraît, comme l'expliquent les commentateurs du *GAJA* (17e éd., n° 89, p. 616) : les directives n'ont pas d'effet direct, mais un effet « indirect, médiatisé à travers les mesures d'application ». La décision *Cohn-Bendit* précise, en effet, que si la solution ne peut être fondée sur l'interprétation de la directive invoquée, c'est « à défaut de toute contestation sur la légalité des mesures réglementaires prises par le gouvernement français pour se conformer aux directives ». Autrement dit, si les requérants ne peuvent se prévaloir directement d'une directive lorsque le texte national de transposition n'existe pas ou n'est pas conforme au droit communautaire, ils peuvent, en revanche, demander au juge national d'écarter l'application d'un texte national qui serait contraire à cette directive. On a pu parler à cet égard d'une invocabilité « d'exclusion », admise par le Conseil d'Etat - les textes nationaux non conformes au droit communautaire ne peuvent être appliqués - à défaut d'une invocabilité « de substitution » qui aurait permis aux directives de s'appliquer directement en l'absence d'un texte national conforme (Y. Galmot et J.-C. Bonichot, La CJCE et la transposition des directives en droit national, RFDA 1988. 1).

Une période que l'on pourrait qualifier d'équilibre raisonnable a suivi cette phase de « révolte contentieuse ». Tant le Conseil d'Etat que la CJCE ont précisé et affiné leurs jurisprudences sur les directives.

Une jurisprudence assurant une effectivité réelle du droit communautaire

Comme le rappelait Mattias Guyomar, le Conseil d'Etat a développé, « n'hésitant pas à faire preuve d'ingéniosité, une jurisprudence qui, tout en maintenant le fondement théorique de l'arrêt *Cohn-Bendit*, permet d'assurer dans la majorité des hypothèses la pleine effectivité du droit communautaire ». En d'autres termes, l'invocabilité d'exclusion a permis, dans de nombreux cas, d'assurer l'effectivité du droit communautaire, le juge administratif écartant l'application de normes, voire de jurisprudences nationales s'avérant contraires aux objectifs de directives communautaires.

Le Conseil d'Etat a ainsi admis qu'un requérant conteste, par voie d'action, la légalité de mesures réglementaires prises en application d'une directive, estimant que ces mesures étaient contraires aux objectifs de la directive (CE 28 sept. 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française et autres*, n° 28467, Lebon T. 481 ; AJDA 1985. 83, chron. S. Hubac et J.-E. Schoettl) - position qui se situe dans la lignée de celle affirmée par la décision *Cohn-Bendit*. Cette possibilité d'invoquer les directives à l'encontre de mesures réglementaires non conformes a été étendue tant aux mesures réglementaires d'application des directives qu'à celles prises dans le champ qu'elles

couvrent (v., par ex., CE 7 déc. 1984, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, n° 41971, Lebon 410). L'arrêt le plus emblématique de cette soumission des mesures réglementaires aux directives communautaires est la décision d'assemblée du 3 février 1989, *Compagnie Alitalia* (n° 74052, Lebon 44), qui affirme que les autorités nationales « ne peuvent légalement, après l'expiration des délais impartis, ni laisser subsister des dispositions réglementaires qui ne seraient plus compatibles avec les objectifs définis par les directives dont s'agit, ni édicter des dispositions réglementaires qui seraient contraires à ces objectifs ». Un requérant peut donc se prévaloir, par voie d'action, de la non-conformité avec une directive d'une mesure réglementaire prise antérieurement ou postérieurement à celle-ci, qu'il s'agisse ou non d'une mesure de transposition. Il peut aussi le faire par la voie de l'exception : une mesure individuelle peut ainsi être annulée parce qu'elle a été prise sur le fondement d'un décret lui-même illégal en raison de sa non-conformité aux objectifs d'une directive (CE 8 juill. 1991, *Palazzi*, n° 95461, Lebon 276 ; AJDA 1991. 827, obs. F. Julien-Laferrière).

Les lois n'échappent pas non plus au contrôle de compatibilité avec les directives communautaires. Les décisions d'assemblée du 20 octobre 1989, *Nicolo* (n° 108243, Lebon 190) et du 28 février 1992, *SA Rothmans International France* (n° 56776, Lebon 80 ; AJDA 1992. 210, concl. M. Laroque et 329, chron. C. Maugüé et R. Schwartz) ont ainsi estimé qu'étaient illégales des décisions prises sur le fondement de décrets pris en application de lois incompatibles avec les objectifs d'une directive communautaire. Le juge administratif écarte également l'application de dispositions législatives en tant qu'elles ne prévoient pas des mesures figurant dans une directive (CE ass. 30 oct. 1996, *SA Cabinet Revert et Badelon*, n° 45126, Lebon 397 ; AJDA 1996. 1044, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot - en l'occurrence, le juge a écarté l'application de dispositions du code général des impôts en tant qu'elles n'étendaient pas le champ des exonérations de TVA à l'ensemble des opérations réalisées par les courtiers d'assurance, contrairement aux dispositions de l'un des articles de la « 6e directive TVA » du 17 mai 1977 relative à l'harmonisation des législations nationales en matière de taxes sur le chiffre d'affaires). Le refus d'un ministre de prendre des mesures réglementaires, fondé sur des dispositions législatives incompatibles avec une directive, est lui aussi censuré (CE sect. 3 déc. 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Association France nature environnement*, nos 199622 et 200124, Lebon 379 ; AJDA 2000. 171, chron. M. Guyomar et P. Collin ; RFDA 2000. 59, concl. F. Lamy). Inversement, le pouvoir réglementaire doit s'abstenir de prendre des mesures d'application d'une loi incompatible avec les engagements internationaux de la France - et, partant, avec les objectifs d'une directive (CE 24 févr. 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique*, n° 195354, Lebon 29 ; AJDA 1999. 823, note R. Ricci).

Le Conseil d'Etat a également jugé qu'aucune règle, même non écrite, n'est applicable si elle méconnaît les objectifs d'une directive - autrement dit, une règle dégagée par voie purement jurisprudentielle, qui serait contraire à une directive, ne pourrait s'appliquer. Telle était l'hypothèse de l'arrêt d'assemblée du 6 février 1998, *Tête* (n° 138777, Lebon 30 ; AJDA 1998. 458, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; RFDA 1998. 407, concl. H. Savoie). Les règles prétoriennes qui permettaient alors aux collectivités publiques de choisir librement leurs concessionnaires sans procédures de publicité préalables étaient contraires aux directives coordonnant les procédures de passation des marchés publics, qui n'avaient pas été transposées à temps. La convention de concession a donc été annulée comme dépourvue de base légale. L'arrêt de section du 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont-de-Barr, service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin* (n° 188239, Lebon 201 ; AJDA 1998. 632, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; RFDA 1998. 609, concl. H. Savoie) offre le même cas de figure pour la passation d'un marché public.

La CJCE et l'encadrement des hypothèses d'applicabilité directe des directives

La Cour de Luxembourg n'a pas été en reste, faisant également évoluer sa jurisprudence en sens inverse, en resserrant les hypothèses d'applicabilité directe des directives. Elle a indiqué que deux conditions, cumulatives, devaient être réunies : celle de la non-transposition de la directive par l'Etat membre concerné dans les délais impartis, d'une part, et le caractère

précis et inconditionnel des dispositions en cause de cette directive. C'est ainsi que l'arrêt du 5 avril 1979, *Ministère public c/ Ratti* (aff. 148/78), précise « qu'une juridiction nationale saisie par un justiciable qui s'est conformé aux obligations d'une directive, d'une demande tendant à écarter une disposition nationale incompatible avec ladite directive non introduite dans les délais dans l'ordre juridique interne d'un Etat défaillant, doit faire droit à cette demande si l'obligation en cause est inconditionnelle et suffisamment précise ». Un arrêt *Auer* du 22 septembre 1983 (aff. 271/82) réitérera cette condition, parlant d'obligations « claires, complètes, précises et inconditionnelles ».

Dans ses conclusions sur l'affaire *Ratti*, l'avocat général Reischl avait insisté sur la différence entre règlements communautaires et directives, ces dernières n'engendrant en principe d'obligations qu'envers les Etats membres. C'est alors seulement lorsqu'un Etat membre n'a pas exécuté ces obligations qu'il se voit « retirer la possibilité d'invoquer la situation juridique nationale qui apparaît comme illégale au regard du droit communautaire, c'est-à-dire que les particuliers obtiennent le droit de se prévaloir de la directive à l'égard de l'Etat défaillant ». Certains commentateurs ont souligné ce caractère « pathologique » de l'application directe des directives (Y. Galmot et J.-C. Bonichot, préc.).

Par conséquent, une directive ne peut, par elle-même, créer des obligations dans le chef des particuliers (CJCE 26 févr. 1986, *Marshall*, aff. 152/84 ; v. aussi, 14 juill. 1994, *Faccini Dori c/ Recreb Srl,* aff. C-91/92), mais uniquement envers les Etats membres. Elle est donc dépourvue d'effet « horizontal ». Elle ne peut pas non plus être invoquée au bénéfice d'un Etat, qui ne se serait pas acquitté à temps de son obligation de transposition, à l'encontre d'un particulier (CJCE 5 avr. 1979, *Ministère public c/ Ratti*, préc. ; CE sect. 23 juin 1995, *SA Lilly France*, n° 149226, Lebon 257 ; AJDA 1995. 570, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; RFDA 1995. 1037, concl. C. Maugüé). Les directives sont donc également dépourvues d'effet direct « vertical descendant ». Le rapporteur public résumait ainsi la situation : « La divergence de jurisprudence [entre la CJCE et le Conseil d'Etat] ne concerne donc que l'effet vertical ascendant des directives ».

Le temps était venu de reconnaître l'effet direct des directives, après échéance de leur délai de transposition et à condition que leurs dispositions fussent suffisamment précises et inconditionnelles. Dans ses conclusions, Mattias Guyomar soulignait qu'une telle évolution se justifiait pour trois séries de raisons.

Les raisons d'un revirement de jurisprudence

En premier lieu, le contexte jurisprudentiel a profondément changé, les autres cours suprêmes européennes ayant adopté des jurisprudences convergentes dans le sens de l'invocabilité directe, par des particuliers, des directives non transposées. Le rapporteur public indiquait ainsi que tant le Tribunal suprême espagnol que les juridictions allemandes, anglaises, grecques, portugaises ou encore les deux ordres de juridiction belges se conforment à la jurisprudence de la CJCE en matière d'effet vertical ascendant. Les juridictions réticentes à l'origine ont également fait évoluer leur jurisprudence très récemment : un arrêt du 14 avril 2008 du Conseil d'Etat italien, section VI, n° 1596, reconnaît ainsi à la disposition suffisamment précise et inconditionnelle d'une directive « un effet direct vertical susceptible d'être invoqué par l'individu contre une autorité publique, tout en excluant l'effet horizontal entre particuliers ». En France, la Cour de cassation admet elle aussi l'effet vertical direct ascendant des dispositions de directives non transposées (v., par ex., Civ. 1re, 23 nov. 2004, n° 03-10.636, Bull. civ. I, n° 280), sauf lorsque la directive laisse une marge d'appréciation aux Etats membres (v., s'agissant de la compétence propre des Etats membres pour organiser leur propre régime de sécurité sociale : Civ. 2e, 3 avr. 2003, n° 01-21.266, Bull. civ. II, n° 136).

Les modifications intervenues en matière de textes justifiaient également, en second lieu, ce changement de jurisprudence. Le Conseil constitutionnel, par ses décisions n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi sur la confiance dans l'économie numérique* (AJDA 2004. 1534, note J. Arrighi de Casanova), et n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, a déduit de l'article 88-1 de la Constitution

la nature constitutionnelle de l'obligation de transposition des directives (« la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle »). Le Conseil d'Etat en a tiré les conséquences en jugeant également, par l'arrêt d'assemblée du 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autre* (n° 287110, Lebon 55 ; AJDA 2007. 577, chron. F. Lenica et J. Boucher ; RFDA 2007. 384, concl. M. Guyomar), qu'une obligation constitutionnelle découle de l'article 88-1.

Par ailleurs, l'évolution des textes communautaires - ou, plus exactement, l'absence d'évolution dans la rédaction de l'article définissant les catégories d'actes communautaires - est également significative. Lors des travaux sur le traité constitutionnel, une nouvelle classification des actes communautaires avait été envisagée, comprenant notamment, au lieu des directives, des « lois européennes », de portée générale, obligatoires dans tous leurs éléments et, aux termes du projet de rédaction, « directement applicables » dans les Etats membres, et des « lois-cadres européennes » ressemblant davantage aux directives, c'est-à-dire liant les Etats membres quant au résultat à atteindre, mais laissant aux institutions nationales le choix de la forme et des moyens pour y parvenir (v. art. I-33 de ce traité). Or ce projet de modification a été abandonné, l'article 288 du traité sur le fonctionnement de l'Union conservant les catégories existantes. Non seulement la catégorie des directives a été maintenue, mais le traité reste muet quant à l'effet direct ou non de ces directives. L'interprétation de la CJCE n'a donc pas été invalidée par le traité de Lisbonne.

La troisième série de considérations ayant amené au revirement de jurisprudence effectué par la décision *Mme Perreux* tient au rôle de juge communautaire de droit commun qu'exerce désormais le Conseil d'Etat. Plusieurs développements de sa jurisprudence méritent à cet égard d'être relevés. Il veille tout d'abord à la cohérence de la jurisprudence interne avec celle de la CJCE. Le Conseil d'Etat fait ainsi une application du renvoi préjudiciel désormais conforme à celle définie dans les arrêts de la CJCE du 6 octobre 1982, *CILFIT* et du 22 octobre 1987, *Foto-Frost*. Il reconnaît pleinement l'interprétation que donne la Cour du traité et des actes communautaires, même si celle-ci se prononce, à l'occasion d'une question préjudicielle, sur des aspects qui ne figuraient pas dans la question initiale, élargissant ainsi d'office le champ de sa saisine : la décision de l'assemblée du Conseil d'Etat du 11 décembre 2006, *Société De Groot En Slot Allium BV et Société Bejo Zaden BV* (n° 234560, Lebon 512 ; AJDA 2007. 136, chron. C. Landais et F. Lenica ; RFDA 2007. 372, concl. F. Séners), a renversé sur ce point l'arrêt de section du 26 juillet 1985, *Office national interprofessionnel des céréales* (n° 42204, Lebon 233).

En outre, le Conseil d'Etat a reconnu que la responsabilité de l'Etat pouvait être engagée, lorsque le contenu d'un arrêt de la juridiction administrative est entaché d'une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits à des particuliers - seule exception au principe selon lequel l'autorité de la chose jugée s'oppose à la mise en jeu de cette responsabilité lorsque la décision est devenue définitive et qu'une faute lourde résulte du contenu même de la décision en cause (CE 18 juin 2008, *Gestas*, n° 295831, Lebon 230 ; AJDA 2008. 1237 ; RFDA 2008. 755, concl. C. de Salins).

Par ailleurs, le Conseil d'Etat contrôle dorénavant étroitement la validité des directives, par rapport aux principes constitutionnels et aux principes généraux du droit communautaire (CE ass. 8 févr. 2007, *Société Atlantique Arcelor et Lorraine et autre*, préc.) mais aussi à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CE sect. 10 avr. 2008, *Conseil national des barreaux et autres et Conseil des barreaux européens*, n°s 296845 et 296907, Lebon 129 ; AJDA 2008. 1085, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau) - comme le font également les autres cours européennes. Il semblait donc logique de reconnaître aux directives, ainsi contrôlées, un effet direct.

Une « justiciabilité renforcée »

L'assemblée du contentieux a donc, pour toutes ces raisons, accepté de reconnaître l'effet direct des directives, non seulement en écartant l'application des règles nationales non conformes (invocabilité d'exclusion), mais encore en permettant aux justiciables de se prévaloir des dispositions - lorsqu'elles sont précises et inconditionnelles, nous y reviendrons -

des directives non transposées dans le délai imparti. Autrement dit, un requérant dans cette situation pourrait demander à ce que la règle communautaire figurant dans la directive lui soit directement appliquée (invocabilité de substitution).

La portée de cette évolution jurisprudentielle ne doit pas être sous-estimée. Certes, la jurisprudence postérieure à la décision *Cohn-Bendit* avait permis, comme on l'a vu, d'écarter l'application des normes nationales incompatibles avec les objectifs de directives communautaires. Mais il restait cependant un angle mort. Si la technique, progressivement étendue, de l'invocabilité d'exclusion permet, en excès de pouvoir, d'annuler l'acte contesté, elle ne permet pas, en plein contentieux, d'appliquer la règle communautaire adéquate. Mattias Guyomar relevait qu'en matière fiscale, les objectifs de la directive du 17 mai 1977 relative à l'harmonisation des législations nationales en matière de taxes sur le chiffre d'affaires (dite « 6e directive TVA ») avaient en réalité été appliqués en lieu et place de la réglementation nationale incompatible, sans toutefois que les arrêts y procédant reconnaissent explicitement la technique employée (CE 10 avr. 2002, *SARL Institut supérieur d'informatique et de management de l'informatique [IMI],* n° 219715, Lebon T. 647, 665, 708). L'arrêt *Tête* précité, qui avait été jusqu'à indiquer une forme de « mode d'emploi » en précisant, par une incise, que la communauté de communes aurait d'elle-même pu adopter lors de la procédure de passation de marché des mesures de publicité compatibles avec les directives communautaires, n'avait pas franchi le pas, suivant un raisonnement assez analogue à celui de la décision de l'assemblée du Conseil d'Etat du 29 juin 2001, *Vassilikiotis* (n° 213229, Lebon 303 ; AJDA 2001. 1051, chron. M. Guyomar et P. Collin). Cette démarche préventive n'autorisait pas le juge à faire immédiatement application, lui-même, de la directive, ce qui aurait participé d'une démarche curative pour remédier à l'incompatibilité du droit national avec la règle communautaire. La décision *Mme Perreux* ouvre désormais la voie à l'application directe, par le juge, des dispositions d'une directive.

Le rapporteur public appelait de ses voeux cette « justiciabilité renforcée » - expression empruntée à Denys Simon (*Le système juridique communautaire*, PUF, Droit, 3e éd.) - et la révolution de point de vue qui consiste à se placer, non plus dans la position de l'Etat membre, qui a intérêt à la distinction entre règlements et directives dès lors qu'elle marque la répartition de compétence avec les institutions communautaires, mais dans celle de ses ressortissants, auxquels sont destinés, *in fine*, les droits définis par les normes communautaires : « Cette approche repose sur la spécificité de la construction communautaire, dont les mécanismes affectent non seulement les Etats mais aussi leurs ressortissants, sur l'idée même de Communauté dont l'existence dépend tout autant sinon plus des citoyens justiciables que des autorités nationales ». Le rôle du juge pour leur reconnaître ces droits est dès lors essentiel, notamment *via* le mécanisme de l'invocabilité de substitution qui permet de faire entrer dans l'ordre interne la règle communautaire. Celle-ci devient ainsi un élément du « patrimoine juridique » des intéressés.

Comme on l'a vu, deux conditions doivent cependant être remplies. Dans le cas d'espèce, la directive invoquée aurait dû être transposée avant la date de l'arrêté contesté. La requérante demandait en conséquence l'application directe, par le juge administratif, de son article 10, aménageant la charge de la preuve en matière de discrimination. Mais cet article comprend, à son paragraphe 5, une réserve, puisqu'il prévoit que les Etats membres demeurent compétents pour décider du régime applicable lorsque l'instruction des faits incombe à la juridiction. Autrement dit, la disposition en cause n'est pas inconditionnelle. Le Conseil d'Etat a dès lors estimé qu'« eu égard à la réserve que comporte le paragraphe 5 de l'article 10, les dispositions de ce dernier sont dépourvues d'effet direct devant la juridiction administrative ». Il revenait donc au juge de dégager, par voie prétorienne, les règles applicables pour apporter la preuve d'une éventuelle discrimination (v. chron. *Mme Perreux [II]*).

Toujours est-il que, dorénavant, lorsque les deux conditions de dépassement du délai de transposition et de caractère précis et inconditionnel des dispositions d'une directive seront remplies, ces dernières seront de nature à faire naître des droits subjectifs dans le chef des particuliers, et pourront en conséquence être directement appliquées par le juge en cas de défaillance du droit national.

Relevons au passage que la décision utilise la formulation de dispositions « précises et inconditionnelles », qui est celle utilisée par le Conseil constitutionnel ; cette formulation n'introduit pas, à notre sens, de biais par rapport à celle de la CJCE, qui utilise parfois, mais pas systématiquement, l'expression de dispositions « suffisamment » précises et inconditionnelles.

Spécificité du droit communautaire par rapport au droit international

En conclusion, nous voudrions revenir sur la spécificité du droit communautaire par rapport au droit international. Rappelons, en effet, que les stipulations d'un accord international, lorsqu'elles sont dépourvues d'effet direct, ne peuvent pas être utilement invoquées à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir, y compris à l'encontre d'un acte réglementaire (v., en ce sens, CE sect. 23 avr. 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés [GISTI]*, n° 163043, Lebon 142 ; AJDA 1997. 482, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; RFDA 1997. 585, concl. R. Abraham).

Ronny Abraham, dans ses conclusions sur cette affaire (D. 1998. Jur. 15), avait plaidé au contraire pour distinguer entre effet direct et invocabilité, faisant valoir que si des stipulations trop imprécises d'une convention internationale ne peuvent servir de fondement à la revendication d'un avantage individuel, et sont donc dénuées d'effet direct, rien n'empêcherait, en revanche, qu'elles soient invocables à l'encontre d'un acte réglementaire pris pour leur application. En d'autres termes, il proposait l'application, aux stipulations des accords internationaux, du raisonnement esquissé dans la décision *Cohn-Bendit*, permettant l'invocabilité d'exclusion. Plus exactement, il s'agissait, comme dans la décision précitée du 28 septembre 1984, *Confédération nationale des SPA de France*, d'admettre qu'un requérant puisse se prévaloir d'une directive à l'encontre de mesures réglementaires prises pour son application.

Le Conseil d'Etat n'a pas suivi cette voie, estimant que seules les directives pouvaient faire l'objet d'un tel raisonnement. La décision *Mme Perreux* reconnaît davantage encore la spécificité du droit communautaire. Reste à savoir si la solution qu'elle adopte pour les directives non transposées dans les délais pourra être étendue au cas des directives mal transposées - autrement dit, si le juge pourra appliquer directement les dispositions d'une directive qui n'auraient pas été correctement transposées en droit français.

Mots clés :
DROIT COMMUNAUTAIRE * Application * Directive * Effet direct